

**ENTRE EL REMEDIO Y LA ENFERMEDAD: LA PLANEACIÓN DEL CONTRATO
ESTATAL, LA NULIDAD ABSOLUTA Y ¿LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA?**



AUTOR

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

BOGOTÁ D.C.

2022

**ENTRE EL REMEDIO Y LA ENFERMEDAD: LA PLANEACIÓN DEL CONTRATO
ESTATAL, LA NULIDAD ABSOLUTA Y ¿LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA?**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERE-
CHO ADMINISTRATIVO**

DIRECTOR

JUAN CARLOS JIMÉNEZ TRIANA

AUTOR

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C., 2022

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	10
PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: LA PLANEACIÓN DEL CONTRATO Y LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	10
1.1. LA PLANEACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	10
1.2. LA PLANEACIÓN ENFOCADA EN EL CONTRATO ESTATAL: ¿REGLA O PRINCIPIO?	12
CAPÍTULO II	16
LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL MARCO DEL CONTRATO ESTATAL	16
2.1. DEBER DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL A CARGO DE LAS ENTIDADES ESTATALES	20
2.2. DEBER DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL A CARGO DEL PROPONENTE EN LA ETAPA CONTRACTUAL	23
2.3. CARGAS DE DILIGENCIA DEL OFERENTE AL MOMENTO DE LA ELABORACIÓN DE SU PROPUESTA	26
2.4. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN: OBJETO ILÍCITO	29
CAPÍTULO III	33

HACIA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	33
3.1. PLANTEAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....	33
3.2. LA NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL NO ES UNA RESPUESTA JURÍDICA ACORDE A LAS PATOLOGÍAS CONTRACTUALES ASOCIADAS CON LA INFRACCIÓN AL DEBER DE PLANEACIÓN	34
3.3. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURANTES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE PLANEACIÓN	37
3.3.1. DAÑO ANTIJURÍDICO RESARCIBLE Y LA CAUSA IMPUTABLE	37
3.3.2. FACTORES DE IMPUTACIÓN DE LA DILIGENCIA EN LA PLANEACIÓN CONTRACTUAL.....	42
3.3.3. REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCIÓN EN LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL EN CONTEXTOS DE INCERTIDUMBRE: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LAS RAZONES DE PRUDENCIA	46
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	52

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ocupa sobre las consecuencias jurídicas que comporta la violación del principio de planeación en el marco del contrato estatal. La hipótesis desarrollada a lo largo del presente escrito, se basa en que, la planeación es una forma de diligencia exigible tanto al contratante como al contratista. En efecto, los deberes en la formación del acuerdo contractual corresponden a una relación relativa de las partes y en sentido recíproco en la forma en la que se debe ejecutar el objeto del contrato. Con ello, se presenta una defensa desde las razones prudenciales del comportamiento de los contratantes al momento de la celebración del negocio: la exigencia de la diligencia y la cooperación en el diseño de las condiciones del contrato. Luego, la responsabilidad de diligencia no es exclusiva de una de las partes. Así, desde una apreciación consecuencialista del comportamiento razonable de los contrayentes, genera incentivos que llevan a situaciones eficientes y disuade conductas oportunistas de los contratantes. En ese sentido, la responsabilidad contractual resulta en un remedio óptimo frente a esa clase de patología del acuerdo negocial.

Ciertamente, el propósito de contratar es alentar a las partes a la coordinación óptima para alcanzar los objetivos contractuales, por ello, se sostiene que el remedio que ofrece la nulidad absoluta del contrato como una consecuencia a la infracción a los deberes – obligaciones o cargas en la planeación del contrato puede resultar más costosa que la misma enfermedad. En efecto, la solución que ha sido acogida por los operadores judiciales en ese sentido, no ha considerado que una sanción al acto jurídico de contratar bajo condiciones de indebida planeación, pierden de vista que, la nulidad no es una respuesta adecuada al problema y se constituye en una especie de solución para el caso que pasa por alto las ventajas de las funciones del derecho de los

daños en el ámbito del contrato y desconoce el principio general de la preservación del contrato. La presente investigación concluye que existe un enfoque indebido en la solución y apremia reconsiderar.

Para el presente análisis, se aborda la pregunta ¿cuál es el remedio que jurídicamente resulta aplicable y conveniente a los supuestos en los cuales puedan presentarse una infracción al principio de planeación en la contratación estatal? Frente a esta cuestión, no ha sido pacífica la solución. En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido, por lo menos, dos posturas para remediar la violación del principio de planeación. La primera de ellas, se encuentra encaminada a resolver las controversias con la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato. Una segunda visión, es la adjudicación de la responsabilidad contractual de las partes en la celebración del contrato.

La planeación con la totalidad de sus exigencias constituye un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual (Santofimio, 2017). Con ello, se procura delimitar la planeación como un deber y una obligación a cargo de las entidades estatales en cooperación con el proponente, teniendo a este último como un colaborador de la actividad administrativa en la consecución de los fines de la contratación. Pero lo es también el contratista diligente que participa en la confección del contrato. Le corresponde al mismo un comportamiento legal y diligente, con el rigor y seriedad en la elaboración de su propuesta.

Para tal fin, el primer capítulo presenta a la planeación como un principio ordenador de la actividad contractual. Como una suerte coordinada necesaria para lograr resolver los cuestionamientos de cómo el proyecto contenido en el negocio jurídico es ejecutable bajo las previsiones

razonables al momento de la celebración del contrato. Con ello, planear se convierte en un estándar de diligencia en relación a la multiplicidad de actividades preliminares en la celebración del contrato estatal.

En el segundo capítulo, se analiza la infracción al deber de planeación como una conducta contraria al deber que, puesto en los asuntos concretos, permite concluir como ciertas conductas son constitutivas de una transgresión a este principio general de la contratación estatal. En el mismo, se presenta que la planeación es una actividad no exclusiva del estado y que la cooperación y el solidarismo en la configuración del contrato juega un papel protagónico en el estudio del asunto objeto del presente escrito.

Asimismo, se presenta la nulidad absoluta del contrato estatal como una solución de caso que no resulta comprensiva frente a la infracción al principio de planeación. En este apartado, se introduce a la responsabilidad contractual como una mejor alternativa, al garantizar la tutela efectiva de derechos de las partes del contrato y su preservación.

Para el tercer capítulo, se exponen las razones en las que se sustenta a la responsabilidad contractual como una figura adecuada pues, ofrece a las partes, una herramienta para mantener indemne por el actuar negligente de su contraparte contractual. Lo es también, por la función disuasiva que tiene el derecho de los daños, pues alienta a las partes a tomar medidas precautorias necesarias para evitar la ocurrencia del daño. De ese modo ofrece una serie de razones prudentes en el comportamiento al momento de la planeación del contrato.

En cuanto a la metodología empleada para la elaboración del presente escrito, debe resaltarse que parte de una descripción de las prácticas jurídicas en torno a las consecuencias de la infracción al principio de planeación. En efecto, se trata de un análisis sobre la forma en la que los

operadores jurídicos (Sánchez, 2011) han resuelto este tipo de controversias en el contrato estatal. El estudio de tipo exploratorio permite extraer la evidencia de la jurisprudencia en la contratación estatal.

Con la obtención de esta información, particularmente de las providencias judiciales, se establecen los argumentos empleados por parte del Consejo de Estado y de los Tribunales de Arbitramento para resolver este tipo de casos. La identificación de razones y su uso por parte de los operadores jurídicos como elementos para el reconocimiento de la infracción, corresponden a una descripción y explicación del derecho, desde la perspectiva judicial (Tamayo y Salmorán, 1986). Con ello se pretende ordenar la información extraída, que permite presentar razones congruentes por medio de las cuales los jueces de lo contencioso administrativo y los árbitros llegan a los veredictos estudiados, organizándola bajo el concepto de precedente.

Una vez establecidas las razones de las decisiones y su identidad en los casos en los que se resuelven controversias relacionadas con la violación del principio - deber de planeación, se realizará un análisis crítico de los argumentos expuestos. La propuesta se encuentra en identificar la diligencia en la planeación del contrato a cargo de las entidades públicas y del proponente. Para el efecto, se debe comprender al principio de planeación como piedra angular del proceso de contratación estatal en Colombia, en razón a la incidencia de este principio dentro de las diferentes etapas del proceso contractual del Estado y las consecuencias jurídicas que con ocasión de su inaplicación se predica del contrato y las partes.

La finalidad del presente escrito radica en la necesidad de demostrar cómo la responsabilidad contractual es una forma viable de resolver las controversias derivadas de la infracción a la planeación y además, un mecanismo idóneo para la prevención de esta clase de situaciones. Se considera que la nulidad absoluta del contrato puede ser una forma artificiosa con la que se ha

abordado el problema en los casos que se discute la violación al principio de planeación. Finalmente, se propone unos supuestos de imputación de infracción al deber de planeación.

CAPÍTULO I

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: LA PLANEACIÓN DEL CONTRATO Y LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRE- CONTRACTUAL

1.1. LA PLANEACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El contrato es la implementación de un mecanismo de colaboración entre las partes contratantes para la realización de sus intereses bajo el amparo de un cuerpo de reglas dispuestas en el ordenamiento jurídico y las definidas en un acuerdo con fuerza vinculante. De este modo, contratar proporciona razones específicas para la realización de ciertas conductas que, en ausencia de las mismas, no serían de obligatoria ejecución o abstención, según corresponda. Visto de este modo, el contrato, proyecta el comportamiento esperado con arreglo a las coordenadas dispuestas en las normas jurídicas aplicables, las cláusulas pactadas y los principios que rigen la actividad contractual.

La planeación responde a la cuestión de cómo el contrato resulta ejecutable, viable y satisface las necesidades para la obtención del resultado esperado bajo un esquema de condiciones previstas y previsibles¹ al momento de la celebración del negocio jurídico. De este modo, la ley

¹ Acorde con lo expuesto, Causa (2015) manifiesta que la finalidad de la planeación y la realización de los estudios previos permiten la factibilidad técnica, financiera y de conveniencia para que el eventual oferente pueda considerar los riesgos posibles por factores previsibles que puedan alterar las condiciones iniciales del contrato. En otras palabras, cuando es predecible el riesgo, el proponente cuenta con la oportunidad de exponerlo y solicitar del ente estatal la respectiva asignación.

faculta a las partes para diseñar el acuerdo bajo el principio de la autonomía², permitiendo de ese modo la libre configuración del acuerdo negocial.

En este punto, la discrecionalidad administrativa en el marco de la contratación pública para Garzón Martínez (2018) corresponde a una actividad sometida a la facultad reglada, en la que se presentan exigencias en el diseño e implementación del contrato bajo el contexto de las particularidades y singularidades de la necesidad estatal y la forma de satisfacerla. Una de esas exigencias en el marco del contrato estatal es la planeación.

La planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, entendido como criterio que garantiza la legalidad y el interés general como pilares fundamentales dentro de la sociedad actual (Expósito Vélez, 2005). El principio de planeación como práctica en el contrato estatal, hace referencia al deber de realizar los estudios previos adecuados, con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos (Corte Constitucional, Sentencia D-8699 de 2012).

El principio de planeación no fue consagrado en el ordenamiento jurídico de manera expresa. Sin embargo, ha sido identificado desde la integración de otros principios como la transparencia, la responsabilidad y la economía (Amaya Rodríguez, 2016), confiriéndose en una forma pragmática de la actividad contractual de estado (Santofimio Gamboa, 2009, págs. 42-43). Se trata, además, de un deber imperativo, una norma de orden público, y sus exigencias Constituyen un marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013, Exp. 26.637). De manera que, el tema de investigación radica

² El principio de autonomía de la voluntad de las partes encuentra un límite en las facultades exorbitantes de la Administración, porque, en palabras de Osorio (2013), estas podrían exceder el ámbito de la libertad contractual al permitir que la administración, de manera unilateral y durante la ejecución del contrato, introduzca modificaciones al contrato ejecutado.

en la infracción al principio – deber de planeación en el contrato estatal y los efectos jurídicos que comporta frente al vínculo contractual.

1.2. LA PLANEACIÓN ENFOCADA EN EL CONTRATO ESTATAL: ¿REGLA O PRINCIPIO?

¿La planeación es una regla o principio? La respuesta a esta cuestión compromete la forma en que los operadores jurídicos deben aproximarse a su concreción práctica en el caso y el escrutinio de la conducta de las partes del contrato en su celebración. El presente apartado define la posición en que planear es un mandato imperativo general y abstracto que, por definición, se encuadra en los denominados principios de derecho. De allí, su contenido irradia a toda la actividad contractual y procura una debida diligencia en las etapas críticas previas a la celebración del acuerdo.

El contrato estatal es el resultado de una serie de actividades previas dirigidas a su celebración y perfeccionamiento. Con ello, la jurisprudencia administrativa ha reconocido que uno de los mecanismos más eficaces para alcanzar los intereses generales es el contrato estatal. La administración se ha servido de diversos instrumentos jurídicos con el objetivo de dar cabal cumplimiento al objeto y a las obligaciones pactadas con el contratista, lograr el desarrollo y satisfacción de los fines de la contratación pública³ y garantizar el cabal desenvolvimiento de sus actividades y funciones. Con base a este concepto, se procura la consecución de todos los elementos

³ El Consejo de Estado (2008) afirma que es necesario “exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008, Exp. 8.031). Para la satisfacción de los fines de la contratación estatal ha determinado que “al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2011, Exp. 17767)

necesarios para garantizar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los compromisos legales y constitucionales del Estado (Garzón Martínez, 2018)

La planeación es un imperativo en la contratación pública, su importancia práctica resulta plausible pues compromete cómo los objetivos de la entidad al contratar podrán ser satisfechos bajo condiciones definidas por el acuerdo de las partes. Sin embargo, su naturaleza jurídica es un asunto que ha sido objeto de discusiones por parte de los operadores jurídicos.

La planeación debe ser comprendida como un principio jurídico de la contratación pública. Para ofrecer sustento a esta afirmación, es del caso señalar que, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una disposición normativa que de forma expresa establezca este concepto dentro de la contratación pública. De este modo, no puede ser tenida como regla, pues por característica de esta clase de normas, la estructura exige una condición de aplicación y una consecuencia jurídica, cuyo carácter puede ser el de permitir, prohibir u obligar una conducta en el marco de una acción o abstención según corresponda⁴. De este modo, la regla se traduce en una razón perentoria de primer orden, en el que un destinatario con independencia de su contenido⁵ satisface con la realización de la conducta dispuesta en la norma de derecho.

En cambio, la planeación como principio establece una razón no perentoria y no independiente de su contenido⁶. Con ello, se trata de una razón estratégica que ordena para cada caso, la

⁴ Para Von Wright (1998, p. 12) las normas jurídicas detentan un carácter deóntico en el que su posibilidad lógica es la de permitir, prohibir u obligar una determinada conducta o abstención.

⁵ En ese sentido, Ruiz Manero (2000, p. 154) sostiene que una regla es un imperativo que impone obligaciones o prohibiciones de forma independiente al contenido de la misma. El asunto radica en su aplicación al caso y la solución que el ordenamiento jurídico, con fundamento en la regla ofrece. Posición que coincide con la expuesto por los profesores Alchurron y Buligyn (2021, p. 233) al considerar que un cuerpo de normas jurídicas se articula como sistema cuando existe criterio de pertenencia de esas normas a un mismo conjunto y las mismas se relacionan a una solución de casos discretos. En ese caso el sistema jurídico prescribe una solución concreta en la que se debe aplicar la norma en el caso.

⁶ El principio implícito parte un reconocimiento o integración de otros preceptos que desde un cuerpo de normas permiten identificar su contenido y la coherencia con las reglas. A diferencia de la regla no establece condiciones específicas, ni cursos de acción concretos (Ruiz Manero, 2000, p. 155). En realidad, se trata de mandatos de corrección que ordenan la realización de ciertas acciones tendientes a alcanzar un objetivo (Alexy, 1989). De este modo,

realización de la razón final. Planear, en ese contexto representa al contrato como un instrumento dirigido a lograr la satisfacción del interés de los contratantes, cuyo plan debe estar precedido de estudios, previsiones y elementos necesarios para alcanzar el objetivo de contratar. De este modo, el mandato se proyecta en el desarrollo de las diferentes reglas y exigencias propias de la contratación pública y del cuerpo de normas que regulan los aspectos de la formación del negocio jurídico. En este punto, puede señalarse que la planeación en términos contrarios al deber, pretende evitar la frustración del contrato en situaciones previsibles o que eran previsibles para las partes.

El principio de planeación resalta la necesidad⁷ y la oportunidad de contratar, bajo las condiciones de ejecución viables, donde el objeto del contrato pueda ser alcanzado. Con ello, permite identificar los mecanismos e instrumentos para asegurar y garantizar las actividades que se pretenden contratar. En este punto, la planeación comprende la determinación completa y eficaz de un proceso de racionalidad en la planificación del contrato a cargo de las entidades públicas y del contratante.

De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado deben corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. (Santofimio Gamboa, 2009)

La planeación es una pretensión del ordenamiento jurídico que busca del estado y de sus colaboradores, una correcta coordinación a fin de asegurar los resultados de la contratación. Se

puede ser visto como una forma de definir ciertas razones finales que deben los destinatarios de las disposiciones procurar. Se trata al final de razones estratégicas que son evaluadas en cada caso.

⁷ La obligación de aplicar el principio de planeación, trae consigo algunas necesidades: efectuar los estudios de factibilidad, orientados a determinar la conveniencia, la necesidad, la oportunidad y el valor de la ejecución del contrato. Todo lo anterior, expuesto por Expósito Vélez (2017) está orientado a realizarse “antes de la iniciación de cualquier procedimiento de diseño y selección de una contratación pública. A lo anterior puede agregarse que deberá hacerse en armonía con los lineamientos de la planeación estatal, bien sea en el nivel nacional o regional” (p. 74)

trata de la eficacia útil en la que, las labores de identificación, análisis, factibilidad, estructuración, selección y ejecución se conjugan todas, en un plan que contemple las diferentes variables del negocio. Es en este punto, cuando se afirma y con razón, que los contratos son mecanismo que buscan administrar los riesgos de la interacción de las partes entre sí y todo el orden de circunstancias que pueden estar presente o sobrevenir en la ejecución de contrato. La planeación es la herramienta más poderosa para mitigar los efectos de las condiciones adversas.

En los términos generales, la planeación no es una disposición contenida en una única norma. No es tampoco una regla en el sentido de que exista una disposición que recoja todo el orden de circunstancias o hipótesis de facto y a la misma asigne una consecuencia jurídica. Es, en realidad, un imperativo general del derecho de la contratación estatal que busca, en cada uno de los comportamientos desarrollados por las partes del contrato, una conducta calificada o diligente. Un comportamiento suficiente sobre cada actividad exigida por la ley para la celebración del negocio jurídico estatal.

Con ello se entiende que, el principio de planeación es el adjetivo de los verbos imperativos que deben realizarse al momento de la celebración del contrato. A modo de caso, no se trata de contar con estudios previos, sino que los mismos sean rigurosos y serios y, en consecuencia, el contrato sea viable en la ejecución de lo acordado bajo esas condiciones razonables y previsibles. La planeación es un mandato, un imperativo general que irradia toda la actividad contractual y con mayor intensidad durante su celebración.

CAPÍTULO II

LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL MARCO DEL CONTRATO ESTATAL

El principio de planeación se materializa con la correcta definición de la necesidad a satisfacer con la contratación y en general, con el diligente cuidado de las acciones y actividades en la etapa precontractual a cargo de las partes contratantes. El contrato conjura los esfuerzos comunes para lograr un acuerdo que permita a las partes aprovechar los beneficios de la cooperación para la realización de sus intereses.

La cooperación y la colaboración en el deber de planear un contrato estatal resulta ser un asunto crítico y apremiante. En efecto, poder acodar los términos y condiciones en el que se podrá llevar a cabo las actividades a cargo de las partes, supone el conocimiento del asunto y la forma en que se ejecutaran las actividades para alcanzar los objetivos trazados. De allí que, de ordinario, la contratación suponga una confianza recíproca de las partes que, es a la vez, razón para movilizarse en la imposición de la diversidad de las obligaciones contractuales.

En ese orden, son las acciones u omisiones de las partes en la realización de todas las actividades previas y necesarias para la celebración del contrato, que se basan en la diligencia y la confianza. De allí que la infracción al principio de la planeación se constituye en un obrar negligente y la defraudación a la confianza legítima de la parte para con la otra. En palabras de Pico y Rojas (2013), “los deberes de solidaridad y colaboración recíproca están ínsitos en la causa contractual, de manera tal que una infracción de los mismos será, a su turno, un desconocimiento de los móviles que condujeron al perfeccionamiento del acuerdo” (p.p. 130 -131)

Conforme a este planteamiento, la infracción al deber de planeación en el negocio jurídico estatal no ha sido uniforme (Santaella Quintero, 2011). Ciertamente, la cooperación en la

planeación del contrato, es en estricto sentido, supone un problema de causa del contrato, entendida ésta como el móvil formal en el que el contrato es un instrumento para alcanzar los objetivos deseados⁸, de tal suerte que, acontecido algún incumplimiento, será el análisis de la causa el llamado a disciplinar los efectos que tendrán lugar (Pico y Rojas, 2013, p. 131)

El contrato visto como un instrumento dispuesto para alcanzar algún objetivo, reviste su función como herramienta que comprende desde las razones o causas que mueven a las partes a su celebración. En ese sentido, el negocio jurídico contractual se convierte en el título que se justifica desde esa función, la imposición de obligaciones y consecuencias jurídicas en contra de quien infringe el comportamiento definido por las partes y la Ley.

En el marco del contrato estatal, uno de los objetivos plausibles de contratar es la realización del interés general. De allí que, los ejercicios de ponderación en el marco de esta clase especial de contratos exijan por parte de los operadores jurídicos el reconocimiento de axiomas o principios especiales del derecho público que se hacen presentes y con mayor intensidad cuando el contrato está sometido a los principios generales de la contratación pública.

Con ello, el principio de planeación reviste una condición de orden público que no pueden las partes renunciar o estipular en su contra. Precisamente porque se constituye en el límite del comportamiento de los contratantes al momento de la celebración del contrato estatal. Es así que, la planeación es un imperativo, un mandato que ordena el conjunto de actividades preliminares a la celebración del contrato estatal.

⁸ Emilio Betti (2000, p. 115) sostiene que el negocio jurídico debe ser entendido desde las declaraciones y el comportamiento de las partes. Estas coordinadas procuran la confianza recíproca y el común entendimiento. Las partes deben tener conciencia de aquello que se requiere para alcanzar los objetivos definidos en el negocio. Aquí, causa se entiende como el móvil común, en el que, lo esperado es la realización del acto contractual, la satisfacción del interés mediante la sucesión de actos o las actividades necesarias. Es al final, alinear los intereses desde un punto más pragmático que, responde a la pregunta ¿cómo se ejecutara el negocio jurídico? Respuesta que se encuentra inmersa en el correcto diseño del acuerdo.

Sobre este particular, para el Consejo de Estado la planeación es un principio rector de la contratación estatal, por tanto, su infracción es una ofensa en contra del orden público, precisamente por desconocer los fines del estado social de derecho. Bajo esta idea, se ha considerado que la inobservancia a los principios rectores de la contratación pública, que terminan siendo el resultado de una constitución de deberes y obligaciones prácticas de la entidad contratante, en planear en debida forma el contrato y su ejecución, puedan llevar a que el contrato se declare nulo absoluto por ser contrario a las normas imperativas del orden público.

Conforme a este planteamiento, “la infracción de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público” (Santofimio Gamboa, 2017, p. 642). En esa perspectiva, la planeación y la totalidad de sus exigencias constituyen un marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual.

En el campo de los Tribunales de Arbitramento, se ha sostenido que la planeación de la actividad contractual, busca que los procedimientos de selección del contratista estén precedidos de estudios y análisis serios y completos tendientes a facilitar la ejecución del contrato y, con ello, el cumplimiento de las finalidades de la contratación (Tribunal de Arbitraje, 2015, Patria S.A.S. contra Fondo de Desarrollo Local de Engativá). En ese sentido, es claro que, la planeación es un mecanismo protector del patrimonio público.

En este aspecto, ante el contrato válidamente celebrado no se puede desconocer y postergarse las obligaciones contraídas en el mismo. Es la buena fe el áureo postulado que gobierna esta temática. Es bien sabido que, la buena fe se presume y se asigna a las partes del acuerdo contractual como mínima coordenada del comportamiento esperado. Como muy bien lo pone de manifiesto el profesor Karl Larenz (1985), en lo pertinente, “El ordenamiento jurídico protege la

confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, por- que poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica”⁹ (p. 91)

Debe ahora llamarse la atención que, el principio de buena fe¹⁰ se materializa en los debe- res de conducta coherentes, con las coordenadas propias del contrato y el acto probo como fuente de deberes entre las partes. Esto significa que es recíproco y que encuentra asiento en la raciona- lidad esperada. Así, cuando se planeó y suscribió el contrato, sus modificaciones y con arreglo del mismo todas las obligaciones que de éste emanan. Es entonces cierto que se espera de las partes un comportamiento coherente a las exigencias del contrato, precisamente porque se espera el mejor desempeño, que no es más que cumplir a cabalidad todas las disposiciones del mencio- nado acuerdo. Estas actividades son un elenco organizado que buscan satisfacer el principio de planeación como una manifestación de la eficacia de las actuaciones administrativas (Amaya Ro- dríguez, 2016).

El contrato no garantiza la consecución de todas las condiciones finales de la realización del objeto bajo las condiciones en las que se pactó el contrato. El contrato como se celebró re- sulta ser imperfecto. Esta teoría es la llamada los contratos imperfectos o contratos incompletos. Los contratos incompletos resultan del desacuerdo o de las discusiones sobre alguna cuestión que el contrato en sí mismo no contempla explícitamente (Papayannis, 2014); estamos frente a una

⁹ Karl Larenz (1985, p. 91), culmina su idea haciendo hincapié en que, “Quien defrauda la confianza que ha produ- cido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho”.

¹⁰ La colaboración entre los contratantes encuentra un fundamento importante en el desarrollo del principio de buena fe. En virtud de la función integradora de estos principios, el autor Bianca (2007) evidencia dicha relación en las exigencias del recto obrar contractual y el deber de cooperación entre las partes.

ausencia de acuerdo en las condiciones que se fijaron en el contrato que, bajo la imposibilidad de ejecutar en las condiciones inicialmente establecidas figura una patología contractual

Ello implica, que la cooperación de los agentes al contratar, resulta fundamental para el cumplimiento de la finalidad que recíprocamente persiguen las partes al suscribir el contrato y al contraer sus obligaciones. Así las cosas, es dable afirmar que, la cooperación de las partes al momento de la planeación del contrato, incorpora los postulados de solidaridad¹¹. En otros términos, el contrato es un acuerdo formal de voluntades y su formación impone una diligencia recíproca a los contratantes al momento de la celebración del contrato estatal.

En síntesis, la infracción al deber de planeación se materializa en la inobservancia del postulado debido y en la perentoria diligencia de establecer los términos para la celebración del acuerdo negocial. Allí que la calificación de la infracción corresponda en cada caso a las particularidades de aquello que debió estimarse, analizarse, incorporarse, informarse en grado de relevancia necesario para la normal ejecución del contrato. Aquí la infracción se conjuga con la imposibilidad de ejecutar el acuerdo en los términos pactados por las partes.

2.1. DEBER DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL A CARGO DE LAS ENTIDADES ESTATALES

El principio rector de la planeación ha sido ampliamente discutida por el Consejo de Estado en sus decisiones, entendiendo la exigencia de planear como una garantía de las actividades o de los servicios que se pretendan contratar y que los mismos, sean ejecutados de forma correcta. De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, el principio de responsabilidad de las

¹¹ El solidarismo contractual exige a las partes el cumplimiento de deberes de colaboración entre ellas. Como lo ha sostenido Bernal (2013), el solidarismo reposa en las ideas de la función social que tienen los contratos y en la búsqueda del equilibrio contractual.

entidades estatales y de los servidores públicos se establece “cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”.

De la disposición antes referida, la planeación corresponde a un deber a cargo de las entidades estatales que pretenden contratar. La imposición de las diversas cargas obligan a que la entidad realice un estudio minucioso de las necesidades que requieren suplir con la contratación de un tercero. Adicionalmente, se ha establecido que la planeación busca la efectividad del contrato y el menor riesgo con el fin de evitar “la improvisación en la gestión pública y los gastos excesivos y se garantiza que la administración actúe con objetivos claros, cuestiones que, a su vez, aseguran la prevalencia del interés general” (Consejo de Estado, 2016)

En este sentido, en palabras de Santofimio Gamboa (2017, p. 647) “la planeación configura un escenario ante todo discrecional de la administración que debe reconducirse de manera objetiva a través de los estudios previos, que no son otra cosa que el resultado de la proporcionalidad y la ponderación llevada al ámbito de la contratación pública”. En virtud de tal afirmación, las entidades estatales contratantes no pueden improvisar en su actividad contractual¹². La responsabilidad que le recae a la entidad contratante de determinar y elaborar los estudios previos, surge de la misma necesidad de que el objeto contractual pueda ser costado por el contratista.

¹² En sentencia del 29 de agosto de 2007, el Consejo de Estado, Sección Tercera, conceptuó que la actividad contractual no podría ser el resultado de la improvisación y el desorden, sino que debía obedecer a una verdadera planeación del contrato para satisfacer las necesidades de la comunidad; en tal sentido, se ordena que con anterioridad a la decisión misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, la Administración tiene la obligación de verificar la existencia de la disponibilidad presupuestal, la realización de los estudios de conveniencia (técnicos, económicos, jurídicos y de mercado), la elaboración de los pliegos de condiciones y las aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007, Exp. 15324)

Dicho deber legal, debe constituirse sin ningún tropiezo ni contratiempo dentro de las condiciones ideales, que se han denominado “razonablemente previsibles” por los tribunales de arbitraje (Tribunal de Arbitraje, 2016, KMA Construcciones S.A., Teleorinoquía S.A. ESP y CI-CON S.A. contra Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), pues se debe comprender un camino adecuado para evitar futuras dificultades que se puedan presentar alrededor de las relaciones contractuales.

Nótese como ambos operadores jurídicos enmarcan que la preparación en debida forma del contrato, se encuentra orientada a la eficiencia alcanzada del acuerdo que apela al interés racional del contrato estatal, considerando que el contrato busca satisfacer las necesidades de quienes intervienen en su ejecución. En los procesos precontractuales y contractuales la entidad tiene la obligación de elaborar los estudios previos y el pliego de condiciones del contrato que pretende celebrar, en los cuales debe constatar implícitamente el objeto del contrato, la documentación que se requerirá, la disponibilidad presupuestal, entre otros aspectos que, resultan de una valoración minuciosa de acuerdo con las necesidades de la entidad que pretende satisfacer a través de la contratación estatal¹³.

En un sentido similar, para Sandoval Peña (2015) planear significa diseñar la estrategia y el procedimiento a seguir a fin de poder alcanzar un objetivo previamente establecido. La planeación es una actividad que debe desarrollarse para todas las modalidades de selección y para todas

¹³ Todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica. La finalidad de los estudios previos, es “dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual previamente a la ejecución de un contrato, la administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado. Lo anterior significa que este postulado debe estar presente antes de la iniciación del procedimiento de selección, es decir, desde el momento mismo en que la Administración Pública siente la necesidad de contratar porque existe la carencia, y a través de la institución contractual la suple” (Expósito Vélez, 2005, pág. 602).

las tipologías contractuales. Cuando existe ausencia de planeación se afecta directamente el interés general. Sin embargo, la planeación del contrato si bien es un asunto que reviste importancia a la administración contratante, no se trata de una situación absolutamente ajena al proponente quien también debe desplegar ciertas conductas que aseguren el cumplimiento de los objetivos contractuales.

2.2. DEBER DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL A CARGO DEL PROPONENTE EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

La planeación es un imperativo programático que se dirige a los contratantes y no exclusivamente a una de ellas. Este aspecto resulta plausible si se asume que la forma de estructuración del contrato estatal, compromete los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo. Una muestra de ello, es la posibilidad que tienen los proponentes de formular observaciones y participar de forma activa en el diseño del contrato en su etapa previa. De allí que su rol no se limita a ser un mero espectador en el proceso de planeación, sino un verdadero colaborador de la administración.

La obligación de planear el contrato en principio se encuentra en cabeza de la entidad. Sin embargo, los pronunciamientos del Consejo de Estado y en la justicia arbitral, paulatinamente han dado lugar a considerar con alta relevancia la pregunta: ¿El principio de planeación es una obligación que recae únicamente en la entidad pública? Frente a esta cuestión, en el presente apartado se pretende exponer cómo los particulares oferentes son también responsables de la planeación del contrato estatal al cual pretenden ser adjudicatarios y resultan ser partícipes de la correcta planeación del proyecto estatal.

Sobre este tema, el Consejo de Estado ha sostenido que, el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013, Exp. 26.637) y por consiguiente, el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración. En este proceso de planeación, el proponente tiene el deber de presentar a la entidad las deficiencias de planificación. La carga de planificar en debida forma el contrato no recae únicamente en la entidad estatal, sino que se comparte con el interesado en ejecutar el contrato. Ese deber de diligencia, parte de la razonabilidad del proponente al advertir las falencias que pueda visualizar en la etapa de planeación del contrato.

En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha considerado que la planeación no solo mira hacia la administración (Consejo de Estado, Sección Cuarta, 2014, Exp. 11001-03-15-000-2013-01919). Naturalmente, los contratistas también están en el deber de planificar las acciones y las gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. Por ello, si el proponente encuentra deficiencias de planificación, deberá de abstenerse en participar en la celebración de dicho contrato.

De hecho, el Alto Tribunal ha afirmado que el profesionalismo con que debe actuar un contratista del Estado, lo obliga a estar bien informado sobre las gestiones, proyectos, iniciativas, que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012, Exp. 22.043). Por lo tanto, la jurisprudencia ha determinado que no puede admitirse que los sujetos de derecho privado, concedores de todas las variables de sus negocios digan que

firman contratos a oscuras, en la ignorancia, y que luego son sorprendidos por el Estado (Consejo de Estado, Sección Cuarta, 2014, Exp. 11001-03-15-000-2013-01919).

Empero, existen unas cargas precontractuales que fueron estudiadas por el Alto Tribunal que radican en los sujetos que entran a negociaciones, y que revisten de gran importancia del deber de informarse del proponente. Se expresa en esta oportunidad que la entidad contratante también espera que el oferente cumpla con este deber, para que, al momento de recibir la correspondiente propuesta, pueda contar con la seguridad de que el participante de la licitación conoce el detalle de las responsabilidades que se encuentra por asumir con la celebración del contrato estatal.

En ese escenario, el laudo arbitral del 24 de agosto de 2016 plantea una posición frente a las obligaciones y las cargas que debe asumir el proponente. Efectivamente del deber de planeación se desprenden cargas y obligaciones de las cuales es titular el proponente, como quiera que este es un colaborador de la administración en la ejecución de proyectos contractuales con miras a la consecución de una finalidad estatal (Tribunal de Arbitraje, 2016, KMA Construcciones S.A., Teleorinoquía S.A. ESP y CICON S.A. contra Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones). En ese contexto, los proponentes también tienen el deber de planificar las acciones necesarias como agentes colaboradores de la administración en la ejecución de los proyectos de contratación. Se trata de entender que el oferente tiene la carga de cumplir con el deber jurídico de informarse adecuadamente de las condiciones del objeto a contratar y, bajo esta delimitación de deber, le corresponde presentar su propuesta.

La visión expuesta constituye la libre concurrencia y la manifestación de la libre competencia e igualdad de los oferentes¹⁴. Aquí, debe resaltarse que cualquier interesado podrá presentar una oferta según la información entregada por la entidad proponente. En esos términos, el

¹⁴ La Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza

particular podrá participar en el respectivo proceso de selección, si la información fruto de la etapa precontractual es la realidad del negocio, en consideración de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables (Corte Constitucional, Sentencia D-8699 de 2012). Si el proponente no realiza el respectivo análisis de la información brindada por la entidad contratante, se expone a que tenga que asumir las consecuencias de su negligencia, puesto que, es al contratista a quien le corresponde advertir las falencias que se puedan derivar del pliego de condiciones o de los estudios previos presentados por la entidad estatal. Frente a ello, el destino natural del deber de cooperación, es el cumplimiento por parte de los sujetos pasivos a quienes vincula¹⁵. En concordancia de lo que sucede con la obligación del Estado, se espera que las prestaciones sujetas por el contratista, sean efectivamente ejecutadas por éste, sin que resulte necesario acudir al remedio por incumplimiento.

2.3. CARGAS DE DILIGENCIA DEL OFERENTE AL MOMENTO DE LA ELABORACIÓN DE SU PROPUESTA

Existen deberes de diligencia en cabeza del proponente de informarse sobre el contrato que pretende celebrar. Cuando se aborda el deber de diligencia del proponente, no es más que el deber que tiene de ser diligente en relación con el contenido de su propuesta. Su obligación se enmarca en adelantar las averiguaciones y estudios necesarios antes de elaborar su oferta para

la facultad de participar en el trámite concursal de todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que necesita la administración (Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009)

¹⁵ Como lo explica Carlos Martínez de Aguirre, el destino natural de las obligaciones es su cumplimiento por el deudor. Desde este punto de vista, el cumplimiento aparece como causa final de la obligación en cuanto que ésta nace para ser cumplida. Que ello no ocurra así, frustrándose de este modo lo que debería ser el normal desarrollo de la relación obligatoria, es también posible, y es objeto de regulación específica por parte del ordenamiento: son los casos de incumplimiento, de los que ya me he ocupado con anterioridad. Efecto normal del cumplimiento, a su vez, es la extinción de las obligaciones: una vez realizada la finalidad para la que han sido creadas, desaparecen. (Martínez de Aguirre, 1999)

contrarrestar cualquier contratiempo durante la ejecución del contrato. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2016, Exp. 34.454)

La planeación contractual, igualmente impone cargas sobre los interesados en participar en los procesos contractuales. Así lo sostuvo en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado, al invocar el deber del oferente en el proceso de participación de un contrato:

“El contratista tiene el deber de colaborar con la administración, en observancia del principio de planeación, de manera que, entre otros, les corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, además deben abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencien que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2020, Exp. 48.676)

Para Coleman (2010) el contrato es una implementación del acuerdo racional que precisa una serie de elementos indispensables asociados a la racionalidad. Y a través de la racionalidad la administración busca determinar la conveniencia del objeto a contratar, así como el proponente está en el deber de planificar las gestiones necesarias para lograr el cumplimiento del contrato a celebrar. El deber de información es visto desde el momento en que las partes que intervienen en negociaciones previas a la celebración de un contrato, cuenten con la información suficiente, completa, clara y precisa que les permita tomar una decisión. La entidad contratista tiene el deber de informar a los proponentes las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido del mismo y los efectos de este.

El deber de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos según Chinchilla Imbett (2011): desequilibrio de conocimiento entre los contratantes y el robustecimiento del consenti-

miento. Así, el desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por alguna condición especial. Por su parte, el segundo supuesto implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar, sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y de las obligaciones que por tal virtud se adquieren en la valoración de los riesgos que comporta el contrato.

Como es evidente, el reconocimiento de un deber de informar concebido en términos demasiado amplios desconoce esta imposición según la cual, en las negociaciones de un contrato cada una de las partes debe recopilar la información necesaria. Es más, lo que hace un deber construido de esta manera es exactamente lo contrario, trata a las personas como si fueran incapaces, eximiéndolas de responsabilidad por las decisiones que toman. (De la Maza Gazmuri, 2009)

También existe el deber del proponente de informarse, comprender y planear antes de ofertar. Los deberes del proponente procuran el cuidado del desarrollo contractual. Ese deber que tiene el proponente de informarse recae en la autorresponsabilidad, pues los deberes de diligencia le permiten al proponente informarse sobre el contrato que pretende celebrar. Al respecto, ha dicho la doctrina que “las partes deben comportarse responsablemente durante la negociación de un contrato. La idea es que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de su autonomía, también las hace responsables de los efectos de sus actos” (De la Maza Gazmuri, 2009, págs. 330-332)

Estas son, en suma, las principales consideraciones de la importancia que reviste por parte del proponente en estudiar la información entregada por la entidad contratante. Ello implica

que, la responsabilidad podrá ser traducida en una obligación de indemnizar los perjuicios causados. En la negociación de un contrato, bajo ciertas condiciones, los involucrados en la celebración del mismo podrán sufrir los efectos jurídicos del negocio que están realizando.

2.4. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN: OBJETO ILÍCITO

Todo contrato debe cumplir un efecto práctico: su cumplimiento. El contrato debe revestir de pleno valor. En otros términos, la declaración de voluntad imprime validez a un acto que proviene de una persona legalmente capaz¹⁶, y como lo expone el artículo 1502 del Código Civil, no puede existir vicios en el consentimiento de la voluntad de la persona, ni recaer sobre objeto ilícito o causa ilícita.

Pues bien, al respecto, el artículo 1519 *Ibidem* dispone que “(...) Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación”. Y, sin duda alguna, este precepto trasciende la esfera privada de negociación para abrir un escenario de relevancia en la contratación pública en cuanto esta clase de ilicitud quebranta la estructura negocial. A partir de allí, las normas del Código Civil, en relación con el objeto ilícito¹⁷, protegen el orden público.

¹⁶ Al respecto, Parra Benítez (1988) señala los elementos del acto jurídico: la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita (p.p. 30-31) y asegura que el acto jurídico se declarará inexistente “si faltan consentimiento, y/o objeto, y/o causa y/o los demás propios de cada acto jurídico”. Respecto del consentimiento, Gárce Vázquez (2014) lo define como la manifestación de la voluntad autónoma de un individuo que se constituye como parte de un negocio jurídico, es decir, que tiene plenas competencias para ejercer sus propias decisiones y asumir las consecuencias de sus actos.

¹⁷ El objeto ilícito, consiste en una disposición contractual contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Se trata, de “la superación de los límites que la ley reconoce a la autonomía privada y la ilicitud, a su vez, se puede plantear respecto del contrato en su totalidad y también en relación a una cláusula o estipulación pues de la noción de contenido de aquel se puede pasar, con plena consistencia lógica, a la de contenido de esta” (De Castro, 2011, p. 1037).

Como lo explica Matallana Camacho (2013), la nulidad es “una figura sancionatoria propia del derecho civil, que fue incluida en la contratación estatal, por cuanto no era justificable crear un régimen de nulidades diferente al del derecho común” (p. 56). Sobre este particular, la invalidación de los negocios jurídicos por objeto o causa ilícita, tienen como consecuencia la nulidad absoluta en virtud de lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil, a cuyo tenor, “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”

El conjunto de normas privadas, en lo pertinente, debe ser tenido en cuenta cuando estamos frente a un contrato de naturaleza estatal, en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993: “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común (...)”. Pues bien, el artículo señalado se encarga de incorporar causales de invalidez absoluta de los contratos estatales, además de los casos previstos en el derecho común¹⁸. Dispone que el contrato estatal resulta de nulidad absoluta cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación del poder. La tesis del Alto Tribunal sobre este tema en particular, se basa en que debe existir un régimen de prohibiciones y dicha prohibi-

¹⁸ Artículo 44 de la Ley 80 de 1993, causales de nulidad absoluta: “1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”. Cuando se está frente a los casos de los numerales 1, 2 y 4, la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato y ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

ción debe ser explícita, “razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal, aunque por supuesto hará de configurar otra”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013, Exp. 27.315).

Sobre este particular, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 precisa los efectos que modifican los de derecho privado, al preceptuar: “(...) Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido”.

En relación con los alcances del artículo señalado, en sentencia del 29 de agosto de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó que “La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica, desde el momento mismo de su celebración, también genera otros efectos que han sido previstos en el artículo 48 de la Ley 80, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007, Exp. 15.324). En efecto, la nulidad por objeto o causa ilícita de un contrato estatal, permite el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas cuando se probare que la entidad pública obtuvo beneficio, siempre y cuando las prestaciones cumplidas hubieren servido para satisfacer un interés público.

Por su parte, la nulidad absoluta del contrato por infracción del principio de planeación en un contrato estatal, ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado. Así, en sentencia del 13 de junio de 2013, se dispuso que: “cuando la ley de contratación estatal dispone que deba observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto

porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013, Exp. 26.637). Por ello, la jurisprudencia ha considerado en varias oportunidades que, en los casos donde se este en presencia de un contrato con objeto ilícito, porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar eficaz y oportunamente, debe declararse la nulidad absoluta del contrato estatal (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013, Exp. 26.637).

De ahí que podemos afirmar, como idea general, que el Consejo de Estado a previsto la posibilidad en los casos donde exista la falta de planeación en un contrato estatal, pueda sustentarse la declaratoria de nulidad. Como se ha expuesto, para que se declare la nulidad absoluta del contrato, debe existir un grado de afectación en la estructura misma del negocio jurídico que derive en la consecuencia del quebranto del interés general y los fines del Estado. Entonces, no son simples cuestionamientos, enunciados o percepciones los que motivan la formulación de la invalidación; tienen que ser relevantes en el engranaje negocial, de modo que afecte el interés público; y, por tanto, tener su origen en una prohibición (Tribunal de Arbitraje, 2017, Instituto de Desarrollo Urbano IDU contra Consorcio Metrovías Bogotá. Bogotá D.C.).

CAPÍTULO III

HACIA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

3.1. PLANTEAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El Consejo de Estado ha sostenido que la infracción al principio de planeación en un contrato estatal debe conducir al juez a la declaratoria de la nulidad absoluta del negocio jurídico. También lo ha sido, en otras decisiones por parte de ese máximo órgano de la justicia contenciosa administrativa, considerar que, no necesariamente, de la infracción a los deberes de planeación, se sigue la invalidez del contrato. En este punto, el presente apartado defiende la tesis en la que, el remedio contractual idóneo en relación a la planeación del contrato es la responsabilidad patrimonial de las partes.

Para sustentar esta posición, es preciso considerar que la responsabilidad contractual procura mantener indemnes a las partes del contrato, entre otros, frente a los daños derivados de la inobservancia de la conducta legalmente exigible de la parte del negocio jurídico. La relatividad contractual como rasgo prominente del contrato, implica también la posibilidad de reclamar a quien hace parte de esa relación por los daños que se generan en la interacción negocial.

Pero no es solo la habilitación legal para reclamar los daños experimentados como consecuencia de una infracción al deber de planeación, lo es también en función del contrato como instrumento para alentar a las partes hacia la coordinación óptima en la consecución del objetivo de contratar. Con ello, la imposición de una indemnización a la parte culpable, dispone de la existencia de una serie de razones prudenciales de comportamiento en torno a su deber de diligencia y colaboración a cargo de la parte que corresponde. Al final, ordenar rectificar un daño

mediante alguna medida compensatoria impone ciertos costes a la actividad desplegada, generando incentivos para que las partes hagan uso de los medios necesarios de la diligencia en el momento de la estructuración del contrato a fin de evitar que, deba cargar con las consecuencias negativas de la frustración del contrato.

3.2. LA NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL NO ES UNA RESPUESTA JURÍDICA ACORDE A LAS PATOLOGÍAS CONTRACTUALES ASOCIADAS CON LA INFRACCIÓN AL DEBER DE PLANEACIÓN

La infracción al principio de planeación no conduce necesariamente a que el contrato deba ser anulado. La violación a este principio constituye un incumplimiento del contrato en cuanto a los deberes recíprocos de las partes en la correcta estructuración del negocio jurídico. Un planteamiento en tal sentido resulta acorde al cuerpo de normas que regulan la contratación pública y en línea con el principio general de la preservación contractual.

La razón por la cual deben compensarse los daños derivados de la violación a la planeación del contrato, se basa en el deber de cooperación contractual, que se resume en la idea de que cada contratante debe respetar el legítimo interés de su co-contratante (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012, Exp. 22.043).

La responsabilidad contractual y en general la patrimonial, responde a una necesidad social en la que, los individuos requieren contar con un instrumento que garantice el devenir de sus vidas con arreglo a la confianza de que nadie debe interferir en sus bienes y persona, en caso de que ello ocurra, el derecho a recibir una forma de reparación del daño a cargo de quien debe ser el responsable del mismo.

Esta forma de gestión de las pérdidas, impone a las partes ciertos parámetros para lograr una reparación, trasladando el daño de un patrimonio a otro. El contrato a su turno, es un instrumento que procura reducir la incertidumbre de la interacción necesaria para la transferencia de voluntaria de bienes o servicios, por regla general.

De este modo, el contrato constituye la razón en virtud de la cual, las partes pueden lograr sus designios, bajo los linderos de la confianza recíproca respaldada por la fuerza coercitiva del estado. Sin la fuerza eficaz del acuerdo contractual, las partes quedarían sin una protección legal sobre sus legítimas expectativas y su razonable posición en torno al comportamiento de su contraparte.

Contratar implica brindar a la otra parte del acuerdo una garantía patrimonial ante la infracción de lo acordado, de modo que, cuando ello ocurre y es imputable a la parte culpable, se sigue la reparación del daño padecido para la parte víctima del contrato. Con ello, el contrato combina la gestión de los recursos y ganancias alcanzadas por la cooperación contractual, pero también resuelve uno de los problemas más apremiantes: el incumplimiento contractual y sus consecuencias.

Infringir el principio de planeación se presenta en la omisión o el actuar negligente en las etapas previas a la celebración del contrato. Se trata de un dejar de hacer o un hacer defectuoso frente a la debida ejecución de las actividades necesarias para la correcta estructuración del acuerdo negocial.

La infracción del principio de planeación no es causal de nulidad de los contratos, porque la ley no lo establece como tal. Sólo el legislador es quien puede definir las causales para declarar la nulidad de un negocio jurídico. Por lo anterior, la transgresión a un principio no puede lle-

var a invalidar el contrato (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2021, Exp. 63.117). La responsabilidad contractual resulta ser el remedio más eficiente para exigir la indemnización por perjuicios en la infracción del principio de planeación.

Considerar que la planeación constituye una causal de nulidad del contrato implicaría la creación de un motivo de invalidez por parte del juez, lo cual no es admisible, principalmente, porque la forma como se determina en qué casos se aplicaría la nulidad dependería de la interpretación y el alcance que el juez le otorgue al principio de planeación a cargo de la entidad. Así, en reciente jurisprudencia, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sentado la tesis de que la validez del negocio jurídico no puede estar sujeta al alcance de que un juez le otorgue posteriormente el cumplimiento de un deber o un principio (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2021, Exp. 63.117).

En esta línea, Silva (2019) considera que la falta de planeación como causal de nulidad, es una consecuencia difícil de asimilar en la medida en que, como se advierte en la presente investigación, no estamos ante la violación de una regla predeterminada (la planeación es un principio – deber) y menos de una formalidad específica, cuyo desconocimiento deba acarrear tal consecuencia. Es por ello que, el principio de planeación se encuentra ubicado en el ámbito de las cargas de las partes en la etapa precontractual. La violación al principio de planeación genera responsabilidad contractual, pero no nulidad del contrato.

De este modo, la falta de planeación podría ser entendida bajo el amparo de la responsabilidad contractual, la imputabilidad de la planeación y la configuración del contrato. Esta teoría, por supuesto, deviene del concepto mismo del principio de planeación del contrato estatal, al entenderse que es una planeación conjunta, no exclusiva de la entidad estatal.

Sentada esta posición, en el siguiente apartado se hace una revisión sobre la responsabilidad contractual y su estructuración en los supuestos de violación al principio de planeación.

3.3. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURANTES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE PLANEACIÓN

3.3.1. DAÑO ANTIJURÍDICO RESARCIBLE Y LA CAUSA IMPUTABLE

La cooperación contractual de las partes, implica a su turno, dilucidar las consecuencias que la infracción de ese deber puede acarrear. Por ello, el mecanismo de implementación de la cooperación contractual, es el que se refiere a los remedios frente a la falta de planeación, como deberes de las partes. Frente a ello, sea entonces lo primero indicar que, el incumplimiento o la omisión de la cooperación contractual en la planificación del contrato estatal, es fuente de responsabilidad contractual.

La falta de cooperación y coordinación entre los sujetos que planifican el contrato estatal, configura un comportamiento de responsabilidad, y de allí deriva una obligación indemnizatoria. El profesor Jorge Oviedo Albán afirma que "... la violación de los deberes mencionados genera la obligación de reparar los perjuicios cometidos" (Oviedo, 2008, p. 102). Puesto en otros términos, el reconocimiento del solidarismo contractual, expresado en la cooperación de comportamiento de los sujetos que planifican el contrato, permite afirmar que la infracción a dicha cooperación puede comprometer la responsabilidad del agente (Pico y Rojas, 2013).

Pues bien, en lo que tiene que ver con el régimen de responsabilidad, en especial por la falta de cooperación de las partes al momento de la planificación de un contrato estatal, se torna

en una responsabilidad subjetiva¹⁹ ya que exige que el perjuicio haya sido causado antijurídicamente²⁰. Con lo anterior, puede predicarse que una de las partes puede considerar haber sufrido un daño de sus derechos, sin embargo “las normas de responsabilidad deberán decidir si esa persona es quien definitivamente ha de soportar el daño, o si existe una razón suficiente para imputar el daño a otra persona” (Reflejo y Busto, 2013, p. 63)

En consecuencia, el daño que ha de ser indemnizado puede derivarse, entre otras, de la transgresión del deber genérico del *neminem laedere* o del incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surgió de un acuerdo contractual. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013, Exp. 24.510). Evidentemente causar un daño²¹, genera la obligación de repararlo. Sin embargo, en palabras de Jiménez (2020): “no todos los daños son objeto de reparación. Son relevantes jurídicamente aquellos daños que tengan la categoría de resarcibles, la cual supone las condiciones de cierto, directo y personal para que el interés lesionado sea objeto de tutela por parte del derecho” (p.p. 77-78).

Por lo anterior, el punto de partida de la responsabilidad por daños se edifica, sobre la base de la culpa de quién lo causó (Reflejo y Busto, 2013). Esta hipótesis, pone de manifiesto que una de las partes dispone de la información que la otra generalmente desconoce o no esta en

¹⁹ La responsabilidad subjetiva consiste en una serie de hipótesis en donde la base conceptual, para predicar la responsabilidad del estado, se estructura por el concepto de “Culpa”. Así, la base conceptual para poder imputar la responsabilidad, exige una valoración y calificación de la conducta del autor del daño. Establecer si actuó con culpabilidad. Lo anterior, para imputarle la responsabilidad, no para calificar si el daño es antijurídico. Sobre la culpa como criterio de imputación subjetiva, se refleja en un comportamiento consistente en la omisión de la diligencia debida (Reflejo y Busto, 2013, p. 73)

²⁰ Enrique Gil Botero (2020, p. 83) al referirse al daño antijurídico, precisa que “Resulta por ello más práctico acudir no a la calificación de justicia o injusticia del daño, sino más bien al concepto antijurídico que trae el artículo 90 de la Constitución, revistiendo así el daño un carácter objetivo en sí mismo, sin relación determinante con la actividad que lo causó. Establecida la presencia del daño antijurídico, habrá que precisar qué lo originó, y ello implica indagar o verificar la causalidad; la causalidad jurídica —imputación como se verá— antecede y determina la existencia del daño como entidad fenoménica, independientemente de la valoración subsiguiente sobre lo jurídico o antijurídico, que no apunta al desvalor de la conducta, sino más bien al deber de si quien lo sufre debe soportarlo o no”

²¹ El daño ha sido conceptualizado como “la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que se afecte un interés lícito del ofendido, para que exista el daño” (Martínez, 2003, p. 256).

condiciones de conocer. Es entonces que la falta de información o aquella que, suministrada de manera incompleta, por culpa o dolo²² del agente que tenía en su poder la potestad de informar “perturba la declaración de voluntad común al enrarecer la atmósfera contractual y de perfeccionarse el contrato, la relación de equivalencia se halle alterada desde su génesis” (Rubén S. y Stiglitz, 1992, p. 65).

Frente a este planteamiento, es preciso recordar que la causalidad es una institución propia de la responsabilidad patrimonial y tiene un papel fundamental en el juicio que debe realizar el juez. Lo anterior, considerando que el nexo causal corresponde a un juicio que debe realizarse en sede de la valoración conjunta de la existencia de un daño resarcible²³ y la conducta del agente dañador.

Al respecto de la causalidad ha tenido una diversidad de apreciaciones. Sin embargo, ha sido verdaderamente útil distinguir lo que podría denominarse como la causalidad de hecho o fáctica y la de derecho tal como lo sostiene Pantaleón Prieto en su obra la teoría general del daño. La primera se enmarca en las relaciones que en el mundo ocurren en consecuencia de un antecedente que tiene como característica ser la fuente de ese resultado. Los antecedentes pueden apreciarse desde un estado de cosas determinado. Así, reconociendo lo que se necesita para el resultado, se pueden eliminar ciertos antecedentes que no resultan relevantes y concentrarse únicamente en aquellos que sí tienen la notación de necesidad; desde allí se puede decir que algo es

²² Para el profesor Jiménez (2020, p. 20) la culpa puede ser conceptualizada en dolo y culpa propiamente dicha. En efecto, define el dolo como la intención de un sujeto de querer obtener un resultado dañino en su actuar, siendo una grave negligencia o falta de cuidado y la culpa propiamente dicha, lo evalúa desde la culpa leve o levisima, que podría limitar la responsabilidad.

²³ Bustamnte Alsina (1998) en su obra de la Teoría General de la Responsabilidad Civil, expone que: “el daño resarcible está revestido de los siguientes rasgos: cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado. Subsistente significa, que el daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido” (p. 170).

conditio sine qua non, o que sin ello que se aprecia el resultado no se había dado y tenerse como causa. (Pantalerón, 1981, p.p. 170 y ss.).

En ese orden de ideas, frente al problema de la causalidad en el derecho de daños; la causalidad fáctica desde el criterio de la conditio sine qua es ampliamente reconocida y sin embargo presenta problemas en su apreciación siendo insuficiente.

A su turno, conocidos en la doctrina como paradigmas causales como lo señala Moore (2011), para el caso que ocupa resulta de alta relevancia establecer las denominadas causas inciertas en la esfera del reclamante²⁴.

Con todo, debe concluirse que la responsabilidad contractual por el resarcimiento del daño resulta meramente patrimonial, partiendo de la reclamación por la indemnización por perjuicios en la falta de diligencia de quién tenía la mejor posición para suministrar la información en la planificación del contrato. Esto permite entender que la imputación del incumplimiento obedece al tipo de obligaciones pactadas. Del principio de planeación en un contrato estatal, se desprende que la obligación es de medio²⁵ y no de resultado. Los sujetos al momento de la planificación deben desplegar todos sus esfuerzos, actuando de manera diligente para procurar obtener el resultado determinado por su actividad: poder cumplir el objeto del contrato que se pretende celebrar. En este sentido, la obligación de medio permite que alguna de las partes sea exonerada de responsabilidad probando diligencia y cuidado²⁶.

²⁴ Sostiene la doctrina autorizada en la materia que, la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera. (Martín, 2005, p.p. 94 y ss.)

²⁵ Al respecto, Mosset Iturraspe y Piedecabras exponen que “se trata de destacar, que dentro del amplio espectro de las obligaciones, nacidas del contrato o de otras fuentes, de la variedad de las mismas, hay una que pertenece al género de las obligaciones de hacer –distinta de las de dar o no hacer-, en la cual la actividad prometida por el deudor se concreta en actividad debida, diligente, con arreglo, según la naturaleza de la prestación a patrones técnicos o comunes. El deudor cumple cuando ha desarrollado esa actividad, aunque el objetivo final de la misma, no incluido en el contenido de la obligación, en la prestación, no se realice”. (Mosset y Piedecabras, 2007, p.p. 221 y 223)

²⁶ La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de octubre de 2005, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena señaló: “podrán acordar que el deudor asuma simplemente una conducta ajustada a las exigencias genéricas de prudencia y

En los eximentes de responsabilidad, ocupa un lugar relevante para la presente investigación la causal de imprevisibilidad. Pero, ¿qué se entiende por previsible? Este concepto de previsión en la responsabilidad ha sido definido como “la conducta dirigida a anticiparse a los daños que pueden provenir de un comportamiento o de un hecho, frente a contingencias futuras pero normales que han debido ser advertidas” (Campos, 2018, p. 247). Lo relevante de la previsibilidad es el análisis que contiene el comportamiento de las partes (Tamayo, 2010), esto sin duda, deriva en el deber de diligencia al momento de planificar y aceptar las condiciones pactadas en el contrato.

A partir de la concepción de culpa, derivada de la diligencia del proponente y de la entidad estatal, cuando no se cumplan dichas cargas de diligencia, existe el deber de reparar aquellos perjuicios que hubieses podido preverse, o “cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos” (Sarmiento, 2009), de quién no evitó el daño. Por tanto, la sujeción entre la previsión y la noción de culpa contractual, permite tener precisión respecto de lo que debía exigirse a la parte de la obligación de reparar.

Para subrayar la importancia que reviste esta observancia, por parte del particular proponente, sobre las exigencias que le imponen las cargas de diligencia, de rigor y de seriedad, el Consejo de Estado determinó que el incumplimiento de las mismas “desencadena consecuencias económicamente desfavorables para el contratista, tal circunstancia no podrá ser invocada por este como fundamento de pretensiones resarcitorias dirigidas en contra de la entidad contratante, apoyadas en una pretendida ruptura de la ecuación financiera del contrato” (Consejo de Estado,

diligencia o, por el contrario, subiéndole el punto a su obligación, que este se comprometa a garantizar que no acaecerá ningún accidente en el cumplimiento del contrato que lesione la persona o los bienes del acreedor, a menos que se derive de una causa extraña, a cuyos efectos exonerativos puede, en todo caso, renunciar voluntariamente”

Sección Tercera, 2016, Exp. 34.454). Bajo estas circunstancias, siempre se torna necesario adelantar las averiguaciones suficientes antes de preparar una oferta y prever las alternativas que impidan el incumplimiento del contrato que se pretende ejecutar.

3.3.2. FACTORES DE IMPUTACIÓN DE LA DILIGENCIA EN LA PLANEACIÓN CONTRACTUAL

En el presente capítulo, se exponen algunas opciones de factores de imputación para la diligencia en la planeación contractual, que le podrán servir al lector como puntos de partida para evaluar las conductas de los sujetos en la planeación contractual. Un primer factor de imputación que puede atender los criterios de planeación, sin limitarse a ello, es el poder establecer a cargo de quién le correspondía estimar las condiciones necesarias. El estudio previo del alcance y las características del contrato que se pretende celebrar, así como la estructuración de la propuesta con arreglo a las previsiones de los agentes, permite que los participantes a la hora de celebrar un contrato, cuenten con toda la información necesaria para determinar que condiciones del mismo pueden ser objeto de revisión.

El proponente no solo tiene el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que advierta para que sean subsanadas, sino que además tendría que abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde la planificación de los mismos, pueda evidenciar que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse bajo las condiciones señaladas.

Dentro del estudio de las deficiencias en la planificación dentro del contrato, un segundo factor está determinado a la revisión del menor coste de transacción: ¿Quién pudo prever el menor costo?. En palabras de Coleman (2010, p. 86) “los costes de lograr un acuerdo conforman un

elenco de supuestos que se basan en la incertidumbre”, por ello, “contratar supone encontrar el modo de administrar la incertidumbre distribuyendo los riesgos y las ganancias de la cooperación” (Allen, 1992, p. 45). En este entendido, se colige la importancia de la previsión del daño. En estos términos, Kimel (2018) señala que el contrato es una versión de la promesa que incorpora la coerción estatal en caso de la frustración del mismo.

Bajo este análisis, sobre los costos a incurrir para el cumplimiento del objeto contractual, como requisito fundamental, resulta necesario realizar un estudio de intercambios en el mercado²⁷. La finalidad de dicha información recae en dos aspectos a considerar en la planificación del contrato estatal: i) ¿cuál es el costo que se incurrirá para la realización del contrato?, y ii) ¿cuáles son las utilidades que se percibirán por la ejecución del mismo?. Las respuestas a estos interrogantes se orientan a buscar un equilibrio entre la dinámica de los mercados y las reglas especiales de la contratación. Esa dinámica debe resolver de manera ex ante las fallas del mercado, como es “la asimetría de la información o las prácticas restrictivas de la competencia, logrando de este modo resultados eficientes en condiciones de costos de transacción aceptables” (Stiglitz, 1996, p. 58).

Si existiera sobrecostos relacionados con actividades adicionales que deben ejecutarse en el transcurso del cumplimiento del objeto contractual, las cuales no podrían ser ejecutadas con el presupuesto que se pretende establecer, se tendrá que realizar la revisión de los costos a incurrir. Todo ello, en razón a que el proponente no asuma algún costo adicional de operación. Pero dicha información, deberá ser el resultado de un estudio previo para la aceptación o no, en la participación de una licitación.

²⁷ Los intercambios en el mercado se basan en tres conceptos: i) El costo de producir el bien o servicio; ii) El precio de intercambio entre bien o servicio y su contraprestación; iii) El valor que tiene la parte frente a la adquisición de bien o servicio y el precio a pagar (Papayannis, 2018, p. 26)

Así, el tercer factor de imputación se encuentra relacionado con la condición de experiencia o experticia del proponente: ¿Qué se espera contratar con un experto? En particular, se exige un mayor análisis del proponente quién es el que conoce mejor las condiciones del mercado y podrá establecer los parámetros y los cotes necesarios que debe incurrir para el cumplimiento del objeto contractual. Lo expresado significa que, el proponente en principio, no estaría legitimado para alegar una falta de desinformación, pues éste debía o se hallaba en condiciones de conocerla, en razón de que esto último, se asimila como presunción, al conocimiento mismo. (Rubén S. & Stiglitz, 1992, p. 64).

Es a través de la confección del pliego de condiciones brindar la información necesaria al proponente. Este cuarto factor de imputación propone una estructura del negocio jurídico que pretende a través de la oferta, que cada interesado en contratar, revise si reúne los requisitos y las condiciones exigidas para participar en el proceso de la selección contractual. De lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido tres categorías en las cuales suelen clasificarse los requisitos de orden jurídico de los pliegos de condiciones: i). Subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; ii). Objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y iii). Formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012, Exp. 22.043)

De acuerdo con lo anterior, si durante la ejecución del contrato aparece que la información entregada no tiene la calidad suficiente o que, de haberse entregado una información de planeación correcta, otro hubiera sido el contenido de la propuesta, la entidad estatal incurrirá en responsabilidad por la violación del deber de información²⁸. Pero, si por el contrario, el proponente tuvo a su disposición la totalidad de información necesaria para la debida ejecución de la

²⁸ Luis Guillermo Dávila sostiene que el incumplimiento de las obligaciones contractuales no sólo se debe aludir a que expresamente provienen del contrato, sino también, a las que emanan de los pliegos de condiciones o términos

propuesta contractual, ante un daño que le produzca la ejecución del contrato, dicho contratista no podrá obtener el reconocimiento y pago de perjuicios derivados por una errónea planeación, “en tanto que su propia condición de participante y conector del mercado al que pertenece, le permite conocer las falencias de que ha sido objeto la identificación de necesidades y el pliego de condiciones” (Silva Tenorio, 2019, p. 34)

Como último factor de imputación para atender en debida forma el principio de planeación, es el deber de mitigación de los riesgos²⁹. Las medidas tomadas por ambas partes, representa en la responsabilidad contractual la mitigación del daño que puedan presentarse con la celebración de un contrato indebidamente estructurado. El deber de mitigar los riesgos en la planeación del contrato, la reducción de los costos asociados a las curvas de aprendizaje y la reducción de los costos de agencia con fundamento en la estabilidad del contrato³⁰, derivan de quien tiene una posición calificada y privilegiada.

El experto prestador del servicio, genera la confianza de la entidad que pretende contratar. Así, desde la posición de mejor control de la situación asociada al deber de planeación que

de referencia que se contractualizan tan pronto se suscribe el convenio. Agrega que “Así las cosas, el incumplimiento de las entidades de obligaciones y deberes para ser acatados durante la fase preparatoria o de planeación de los procesos de selección, que se manifiesten durante la ejecución, implican responsabilidad por incumplimientos obligacionales” (Dávila Vinuesa, 2003, p. 499)

²⁹ Sobre el cumplimiento de los contratos, José Antonio Causa afirma que sólo podrán ser exigibles mientras las cosas sigan siendo iguales a como se encontraban al momento de ofertar. En virtud de ello, las partes en un contrato deben responder de manera recíproca respecto a las expectativas existentes al momento de presentar la propuesta. Es por lo anterior que asevera que “la actividad contractual, en sus distintas fases, lleva consigo riesgos, así que la ley al referirse a las garantías de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato incluye la fase inicial, por la fuerza vinculante de la oferta. Entre el momento de ofertar y el de la aceptación de la oferta, el oferente enfrenta la eventualidad del riesgo, contingencia que permanece durante la ejecución del contrato, como el incumplimiento, del que se precisará si es una variedad de las que alteran el equilibrio económico y financiero del contrato; de manera que se hace necesario el análisis de los siguientes temas: a) equilibrio económico y financiero del contrato, b) responsabilidad contractual del Estado y c) incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, en particular, la de pago oportuno.” (Causa, 2015, p. 112)

³⁰ Cfr. Lucia Piscitello (2004). Corporate diversification, coherence and economic performance, en *Industrial and Corporate Change*, Vol.13 No.5 (ICC Association).

recae sobre los proponentes, una adecuada planeación de los costos de ejecución del futuro contrato, permitiría concluir que los mismos estaban cubiertos por la remuneración informada a los proponentes y posteriormente estipulada en el contrato. Estas medidas de diligencia permiten reducir el oportunismo contractual. La función preventiva, desde las razones prudenciales de la responsabilidad, proponen las razones de diligencia que debe acatar las partes al momento de planear un contrato. Los deberes del proponente procuran el cuidado del desarrollo contractual.

3.3.3. REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCIÓN EN LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL EN CONTEXTOS DE INCERTIDUMBRE: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LAS RAZONES DE PRUDENCIA

Contratar puede ser comprendida como una cuestión de incentivos: el contrato reduce los costos de transacción propios de la negociación en contextos de incertidumbre. La explicación a esta cuestión se basa en determinar que el contrato es una forma de administrar los riesgos y los beneficios de la cooperación racional. La racionalidad es lo esperado y precisamente, lo que hace el contrato es resguardar a las partes de los riesgos que puedan presentarse en la ejecución del contrato y asignar las consecuencias de la cooperación y los beneficios recíprocos que trae para cada uno en la ejecución del contrato.

Para el Estado, será la satisfacción general a contratar y para el privado, la satisfacción del interés particular. La convergencia de ambas cosas, son los que llevan a que el contrato se de en términos ejecutables y razonables. El tema, es que los contratos generan una reducción a la incertidumbre para que el contratista no incurra en esos costos de transacción. La incertidumbre, en últimas es la que provoca los costos de transacción altos. Por eso es que las partes al momento

de contratar, toman mayores medidas de protección que hacen que se pueda superar cualquier condición. El contrato libera ese punto: la incertidumbre. Al realizar una especie de acuerdo vinculante, se protege recíprocamente a las partes de lo que esperan.

A la luz de este punto, los contratos estabilizan los mercados mediante sistemas de teoremas de punto fijo³¹. ¿Cómo nos vamos a comportar en la ejecución del contrato? Cualquiera que sean los cambios, cambios predecibles en la ejecución del contrato, se encontraran administrados en el resguardo del contrato, en ese modo, quedan cubiertos bajo el acuerdo negocial. Así pues, la finalidad de la celebración de un contrato es reducir la incertidumbre y mejorar las condiciones de transacción. Un contrato sirve para saber que se espera del otro hacia futuro.

El asunto es que la reparación derivada del daño, cumple unas funciones disuasivas. La función disuasiva es cuando se impone la carga de reparar los daños, y también se toma la carga de imponer medidas de mitigación frente al daño: medidas precautorias. Las medidas precautorias son las de debida planeación. Es otra cara de la moneda. Son cargas de protección del interés que está inmerso en el contrato y como consecuencia de ello, el deber. Cuando existe dicha infracción, surge el deber de reparar el daño. Así las cosas, la cuestión es que la reparación del daño, será otro tema que se abordará, encaminado a resolver la cuestión de ¿cuál es el daño en la planeación? La respuesta es la expectativa. Es por ello que se analiza la responsabilidad compartida. Es cuando se habla del agente experto y la estructuración de la entidad pública. Normalmente, el estado no contrata con alguien que no sea experto en la materia. Precisamente, la posición del Consejo de Estado, ha dado lugar al tema de que el contratista debe ser un experto en la materia.

³¹ Los teoremas de punto fijo estan definidos desde la óptica de la matemática básica, que se utiliza para demostrar la existencia de conceptos de solución o de equilibrio, en la teoría económica (Delgado, 2014).

En este punto, se habla de la concurrencia de los deberes. El traslado de esas consecuencias dañinas se resuelve desde el punto de vista de la mejor posición para la mitigación del riesgo en la celebración del contrato - el agente experto - y la estructuración del contrato a cargo de la entidad pública. La entidad tenía el deber de estructurar el contrato, pero el proponente también tenía el deber de informar.

Al final de todo este planteamiento, es generar incentivos para que, tanto contratista como contratante, tengan en consideración que la infracción al deber de su comportamiento en la planeación, tiene consecuencias económicas. Y las consecuencias económicas apelan al interés racional de las partes al celebrar el contrato, de modo que la administración no puede incorporar tantas obligaciones, sin que eso fuera, finalmente inejecutable. Y lo es también para el contratista que efectivamente, en ese deber de información, de informarse, en esa posibilidad de estructurar los modelos y la ejecución del contrato, se llegue a obligar a ejecutar un contrato en las condiciones establecidas.

En marco de lo anterior, puede existir una responsabilidad contractual y el derecho de los daños, es una respuesta mucho más acertada de la comprensión del problema jurídico en relación a la patología o a la infracción del deber de planeación.

CONCLUSIONES

El Consejo de Estado y los tribunales arbitrales, concuerdan que los contratantes deben realizar una negociación de manera responsable. La celebración de un contrato estatal se expresa en un mercado de competencia y solo es posible bajo la cooperación del proponente y la entidad estatal en la planeación del contrato. Por ello, es correcto afirmar que el contratista, como colaborador de la administración pública, tiene el deber de contribuir con todas las actividades encaminadas al desarrollo del objeto contractual.

Este trabajo no es más que una invitación a revisar la planeación como un deber de correlación de diligencia entre la entidad estatal y el contratista. Cuando hablamos de planeación, nos preguntamos acerca del ¿cómo se debe ejecutar el contrato estatal?. La respuesta inicia en determinar cual es la ruta crítica del proyecto que se debe seguir en relación a los recursos, las actividades y los tiempos para lograr la consecución del objeto contractual y las obligaciones que de él se derivan. Entonces, en una primera extracción de conclusión, se atiende a que la planeación resulta del cumplimiento de los niveles de diligencia al momento de la suscripción del contrato.

¿Sobre quién recae el deber de planeación del contrato estatal? Es un deber y una obligación que recae de manera recíproca a las partes. Porque el contrato es un acuerdo de voluntades y su formación impone una diligencia conjunta de los intervinientes al momento de la celebración del contrato estatal. La planeación a instancias de participación, permite a la entidad estatal adecuarse a los planteamientos y objeciones, que se puedan suscribir en la etapa de la formación del contrato estatal.

Se trata de nivelar los deberes de diligencia de las partes contratantes. Con ello, los conceptos fundamentales del principio de planeación permiten establecer que no solo la responsabilidad de planear reposa en cabeza de la entidad pública, sino también, del proponente. En desarrollo del contrato, el contratista también debe satisfacer el principio de planeación, porque en últimas el contrato estatal es la convergencia de voluntades. Es una forma de entender que la planeación es una responsabilidad compartida. Una especie de negligencia compartida al no haber planeado en debida forma el contrato, bajo el entendido de dos presupuestos: i) la entidad estatal diseña una licitación y ii) el proponente o contratista, acepta y se obliga al cumplimiento del objeto contractual.

Bajo los anteriores parámetros, lo subsiguiente es responder: ¿cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas de la infracción del principio de planeación? Sobre el particular, se ha expuesto que existen dos remedios que establece la práctica de los operadores jurídicos: la nulidad absoluta del contrato o la responsabilidad contractual.

En este punto, se ha podido establecer que desde las razones prudenciales, si se aplica la nulidad absoluta del contrato cuando existe una violación al principio de planeación, en últimas se genera un incentivo perverso a favor del contratista, porque descargar en la entidad pública todos los deberes de planeación, sin que exista el deber del contratista, genera reclamaciones económicas que se encontrarán siempre garantizadas por la falta de planeación de la entidad contratante. En últimas, el proponente no será diligente frente a la propuesta de la entidad estatal, porque estaría amparado por una especie de “solución remedial” que lleva consigo el germen de las vicisitudes del contrato.

Distinto es que, se hayan presentado hechos sobrevinientes que hubiesen impedido ejecutar los procesos de la entidad como se había planeado y previsto. La falta de ejecución del contrato no se encuentra atada a la inobservancia de la planeación, sino que, por el contrario, está acreditado que la entidad demandada atendió sus deberes precontractuales y la debida planeación, con la elaboración oportuna y puesta en conocimiento de los interesados de los estudios y documentos previos necesarios para la ejecución del objeto contractual. Es así, que el contratista conocía la documentación que se requería para la ejecución del contrato desde la participación en el proceso de selección. En últimas, de las obligaciones que debía cumplir, por cuanto de manera libre y voluntaria dio lectura total y cuidadosa del contrato, obligándose con ello al cumplimiento del mismo.

De esta manera, el derecho de los daños está mejor dotado de condiciones para ser un mejor remedio frente a la patología de planeación. El problema de la patología del contrato, es que el contrato nace con una enfermedad. El asunto es ¿Qué remedio se va aplicar? Lo que se sostiene en la presente investigación es que, el remedio jurídicamente aplicable y conveniente en los supuestos en los cuales puedan presentarse una violación al principio de planeación es la responsabilidad contractual.

El tema aquí es que la nulidad absoluta parte de la base que la violación de planeación como norma de orden público, tiene como consecuencia la sanción del acto administrativo, mediante la expulsión del negocio del mundo jurídico. Que resulta ser la nulidad del contrato. Esta opción es un error. No todo principio en el que se soporta el contrato y su infracción tiene como consecuencia la nulidad absoluta. Más bien lo que se impone, son las cargas del comportamiento de las partes y el principio de la buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1989). Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Allen Posner, R. (1992). Análisis económico del derecho. Fondo de cultura económica. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales
- Amaya Rodríguez, C. F. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Vía Iuris*, 20, 105-119.
- Bernal, M. (2013). El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Betti, E. (2000). Teoría General del Negocio Jurídico. Granada: Editorial Colmenares, S.L.
- Bianca, M. (2007). Derecho civil, III, El contrato. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Alsina, J. (1998). Teoría General de la Responsabilidad Civil (Novena ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, Patria S.A.S. contra Fondo de Desarrollo Local de Engativá (Tribunal de arbitramento del 20 de mayo de 2015).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, Instituto de Desarrollo Urbano IDU contra Consorcio Metrovías Bogotá. Bogotá D.C. (Tribunal de Arbitramento del 28 de junio de 2017).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, KMA Construcciones S.A., Teleorinoquía S.A. ESP y CICON S.A. contra Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Tribunal de Arbitramento del 24 de agosto de 2016).

- Campos Cuesta, L. P. (2018). Incidencia del concepto de previsión en los elementos de la responsabilidad en Colombia. *Revista de Derecho Privado* no. 35, p.p. 245–259. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.09>
- Causa, J. A. (2015). *Equilibrio económico y financiero del contrato y responsabilidad contractual del Estado*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de derecho privado* N°. 21, p. 330-332.
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts.1502 y ss. Abril 15 de 1887. (Colombia).
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y daños*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Consejo de Estado, 15.324 (Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. 29 de agosto de 2007).
- Consejo de Estado, 8.031. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 5 de junio de 2008)
- Consejo de Estado, 17.767 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 31 de enero de 2011).
- Consejo de Estado, 22.043 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de noviembre de 2012).
- Consejo de Estado, 27.315 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 24 de abril de 2013).
- Consejo de Estado, 24.510 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 08 de mayo de 2013).
- Consejo de Estado, 26.637 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 13 de junio de 2013).

- Consejo de Estado, 11001-03-15-000-2013-01919 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta 21 de agosto de 2014).
- Consejo de Estado, 34.454 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 28 de enero de 2016).
- Consejo de Estado, 63.117 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 9 de marzo de 2016).
- Consejo de Estado, 48.676 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 3 de abril de 2020)
- Consejo de Estado, 44.420 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 19 de junio de 2020)
- Consejo de Estado, 63.117 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de octubre de 2021).
- Corte Constitucional, D-8699 (Sala Plena. 25 de abril de 2012).
- Corte Constitucional, C-713 (Sala Plena. 07 de octubre de 2009).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 14.491 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, 18 de octubre de 2005)
- Dávila Vinuesa, L. G. (2003). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá D.C.: Legis.
- De Castro, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad. Anuario de Derecho Civil, vol. 35, n°. 4, p.p. 987-1086
- De la Maza Gazmuri, Í. (2009). Los límites del deber precontractual de información. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Delgado Toral, G. (2014). Una introducción a los teoremas de punto fijo y a la existencia de equilibrios en economía. Economía Informa n°. 388, 14.

- Expósito Vélez, J. C. (2005). La configuración del Contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Vélez, J. C. (2017). La planeación y la validez del contrato estatal. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Garcés Vásquez, P. A. (2014). El consentimiento: Su formación y sus vicios. Envigado: Institución Universitaria de Envigado
- Garzón Martínez, J. C. (2018). Contratación Pública. Bogotá D.C.: Grupo editorial Ibáñez.
- Gil Botero, E. (2020). Tratado de responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá D.C.: Tirant lo Blanch.
- Jiménez Triana, J. C. (2020). La reducción de la indemnización por razones de equidad. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Kimel, D. (2018). Del contrato a la promesa. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Larenz, K. (1985). Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. (L.D. Picazo, Trad) Madrid: Civistas.
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO: 41.094.
- Martín Casas, M. (2005). Una primera aproximación de los "Principio de Derecho Europeo de la responsabilidad civil". Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.
- Martínez de Aguirre, C. (1999). El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro. Revista Jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, No. 27, p.p. 9-56.
- Martínez, G. y Martínez, C. (2003). Responsabilidad Civil Extracontractual (Undécima ed.). Bogotá D.C.: Temis.

- Matallana Camacho, E. (2013). Manual de contratación de la Administración pública. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Moore, M. (2011). Causalidad y responsabilidad. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Mosset, J. y Piedecabras, M. (2007). Responsabilidad contractual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Osorio Moreno, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la Administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del Legislador?. Revista digital de Derecho Administrativo nº 10, p. p. 95-108.
- Oviedo Albán, J. (2008). Tratados preliminares y responsabilidad precontractual. Vniveritas No. 115, 102.
- Pantaleón Prieto, A. F. (1981). Del concepto de daño hacia una teoría del derecho de daños. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Papayannis, D. M. (2018). Prometo que cumpliré... salvo que no me convenga hacerlo. Un análisis del incumplimiento eficiente del contrato. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Papayannis, D. M. (2014). Derecho de daños, principios morales y justicia social. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Parra Benítez, J. (1988). Manual de derecho civil: personas y familia. Medellín: Editorial Dike
- Pico, F. A., y Rojas, S. A. (2013). Solidarismo contractual: el deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez.

- Piscitello, L. (2004). Corporate diversification, coherence and economic performance. *Industrial and Corporate Change*, Vol. 13 No.5: ICC Association.
- Reflero, L. F., y Busto, J. M. (2013). *Tratado de responsabilidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters (2.^a ed.).
- Rubén, S. S., y Stiglitz, G. A. (1992). *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ruiz Manero, J. (2013). Para una teoría general de los ilícitos atípicos. *Asociación Jueces de la Democracia*. España, 2000, p.p. 43-49.
- Sánchez Calvo, J. G. (2011). *Análisis del contrato de interventoría desde la visión de la jurisprudencia colombiana*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- Sandoval Peña, V. A.. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. Artículo de reflexión, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, *Revista de Derecho Público* No. 35..
- Santaella Quintero, H. (2011). Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 5, Universidad Externado de Colombia, 91.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Bogotá D.C.: Universidad del Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad del Externado de Colombia.

- Sarmiento, M. G. (2009). Estudios de responsabilidad civil, 2.^a ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Silva Tenorio, J. F. (2019). Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Stiglitz, J. (1996). La economía del sector público. Madrid: Antoni Bosch Editor.
- Tamayo Cuesta, L. P. (2018). Tratado de responsabilidad civil, t. i, 5.^a impr., Bogotá D.C.: Legis.
- Tamayo y Samorán, R. (1986). El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica, 1.^a ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Von Wright, G. H. (1998). Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas.